



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 / 2 0 1 7

(Sección 2ª)

La Laguna, a 24 de enero de 2017.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por I.M.C. e I.M.C. en su propio nombre y en representación legal de su hijo menor de edad B.I.M.M., por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 459/2016 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado por I.M.C. e I.M.C. en su propio nombre y en representación legal de su hijo menor de edad B.I.M.M. en solicitud de una indemnización de 330.700,48 euros por las lesiones que, según alegan, les ha irrogado la asistencia sanitaria prestada durante el alumbramiento del menor el 15 de agosto de 2011 en el Hospital General de La Palma, HGP, dependiente del SCS.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D, e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC); la cual es aplicable, en virtud de la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición

* Ponente: Sr. Belda Quintana.

derogatoria 2, a) y la disposición final séptima, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva y de no extemporaneidad de la reclamación.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución de este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autónoma, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución final es competencia del Director del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

5. De acuerdo con la disposición transitoria tercera, letra a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima, de la citada Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, LPACAP, el presente procedimiento se rige por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Conforme al art. 13.3 RPAPRP, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado; sin embargo esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3, b) y 142.7 de la misma.

6. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan.

Así, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite (art. 6.2 RPAPRP). Se han realizado asimismo los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), emitiéndose en particular el preceptivo informe del servicio a cuyo funcionamiento se imputa la causación del daño (art. 10.1 RPAPRP) y que está representado por los informes del Jefe del

Servicio de Obstetricia y Ginecología, de las facultativas del Servicio de Pediatría y del Servicio de Rehabilitación, todos ellos del Hospital General de La Palma.

También se solicitó informe al Servicio de Inspección y Prestaciones del Servicio Canario de la Salud, para que a la vista de las Historias Clínicas del menor y de su madre, del escrito de reclamación y de los informes médicos emitidos, analizara la existencia o no de nexo causal entre la asistencia sanitaria prestada a la paciente y la lesión que se aduce.

Respecto a la prueba los reclamantes propusieron la siguiente:

«Pericial médico forense, documental consistente en se pongan a disposición de esta parte todos los documentos y antecedentes clínicos e historiales de los implicados, testificales, interrogatorio de los médicos que han realizado las anotaciones en los historiales y documentación médica».

El órgano instructor comunicó al abogado representante de los reclamantes:

a) Que se habían incorporado al expediente como pruebas las siguientes: La documental presentada con el escrito de reclamación, las Historias Clínicas del menor y de su madre, los informes de los facultativos de los servicios de Obstetricia y Ginecología, de Pediatría y de Rehabilitación del Hospital General de La Palma, así como el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones de la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud.

b) Que podía desistir de su solicitud de prueba testifical y pericial o mantenerla.

c) Que de mantenerla debería presentar escrito en el que identificara al personal que quería citar para la práctica de testificales, y pliego de preguntas a formular a cada uno y, respecto a la prueba pericial, designar peritos o aportar informe pericial.

d) Que en caso de desistimiento se procedería a dictar el acuerdo probatorio y abrir el trámite de audiencia.

La representación de los reclamantes desistió de la solicitud de prueba testifical y pericial.

A continuación el órgano instructor dictó acuerdo admitiendo como prueba documental la relacionada en el anterior apartado a).

Finalizada la instrucción del procedimiento se abrió el preceptivo trámite de vista del expediente y audiencia, lo cual se notificó a la representación de los reclamantes, que no presentó alegaciones.

Se redactó por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud la propuesta de resolución, de sentido desestimatorio de la reclamación, que fue sometida a informe a la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias (aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero). El 14 de diciembre de 2016 se emitió este informe que consideró la propuesta de resolución conforme a Derecho.

En definitiva, no se ha incurrido en irregularidades procedimentales que obsten a un Dictamen de fondo.

II

1. El fundamento fáctico de la pretensión es el siguiente:

El niño nació el 15 de agosto de 2011 en el Hospital General de La Palma. El parto no se realizó por cesárea a pesar de que se trataba de un feto macrosómico. La elección de la vía natural para el parto determinó que el niño sufriera durante el alumbramiento una distocia de hombro que le ha causado una lesión del plexo braquial. La madre no fue informada de los riesgos del parto vaginal ni de la alternativa de practicar una cesárea. El tratamiento de la lesión del niño fue tardío, pues se le debió intervenir quirúrgicamente antes de los 5 meses de vida.

2. De la documentación médica de la Historia Clínica de la gestante, especialmente de la que recoge las pruebas médicas objetivas practicadas durante el seguimiento médico de su embarazo, los resultados de las analíticas y de los estudios ecográficos; del informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología y del informe del médico-inspector del Servicio de Inspección y Prestaciones resultan los siguientes hechos:

La reclamante fue atendida en el Servicio de Obstetricia y Ginecología del HGP por primera vez el 18 de febrero de 2011. Se le abrió historia clínica y como antecedentes se registraron: Paciente tercigesta con dos partos eutócicos anteriores, con antecedentes médicos de obesidad y fumadora.

A la décimo cuarta semana de embarazo o primer trimestre se le practicaron los controles de protocolo: Estudio ecográfico, analíticas, cribado de cromosopatías para detectar posibles alteraciones genéticas del feto y examen médico y examen en consulta hospitalaria. Todas estas pruebas dieron resultados dentro de la normalidad.

En la semana 20 de gestación, la ecografía del segundo trimestre también resultó dentro de la normalidad. Una semana después es valorada en consulta externa. Los facultativos constatan que el embarazo continúa desarrollándose normalmente.

El 29 de abril de 2011, (semana 25+5 días de embarazo), la ecografía es normal y mediante la prueba de O'Sullivan se descarta que la embarazada adolezca de diabetes gestacional.

El estudio ecográfico del segundo trimestre, practicado el 17 de junio de 2011, informa que se observa un feto activo con biometría fetal que corresponde con edad gestacional, presentación cefálica, placenta posterior y líquido amniótico normal.

El 19 de julio, a partir de la semana trigésimo séptima, se iniciaron los controles en paritorio conforme al protocolo obstétrico que incluye monitorización fetal cardiotocográfica, constantes maternas, exudado cervical y rectal, analítica de tercer trimestre. Los siguientes controles de monitorización fetal se realizaron los días 29 de julio, 8 y 10 de agosto. Estas revisiones en paritorio se realizan cada 7 ó 15 días antes de la fecha probable de parto y cada 48 ó 72 horas a partir de la misma. Todos los controles fetales dieron resultados dentro de la normalidad. El 12 de agosto se le realizó una ecografía que indujo la sospecha subjetiva de feto macrosómico, lo cual, como ya se estaba en la semana 40+5 días de embarazo, es decir, estaba fuera de término se le propuso a la paciente inducir el parto por vía vaginal.

El parto se indujo el siguiente 15 de agosto, lunes. En el parto no se usaron instrumentos (fórceps, ventosas). En la expulsión se produjo la distocia de hombros, esto es, una retención del hombro del *nasciturus* bajo la sínfisis del pubis de la madre, lo que detiene la expulsión y que fue solventada mediante la maniobra de McRoberts. Como consecuencia de la distocia el recién nacido sufrió la lesión del plexo braquial. Al nacer pesaba 4.450 kilogramos.

En resumen, la gestante no sufrió diabetes gestacional, como se constata por las analíticas que se le practicaron con la finalidad de detectarla. Se le practicaron regularmente y conforme a los protocolos obstétricos los controles pertinentes. Las ecografías que se le realizaron periódicamente objetivaban un feto de talla normal. Sólo tras la última, realizada el 12 de agosto, los facultativos tuvieron la sospecha subjetiva de que el feto podía presentar macrosomía, lo cual unido a que se encontraba fuera de término, les llevó a adoptar la decisión de inducir el parto por vía vaginal para el 15 de agosto, decisión que aceptó la embarazada que ingresó por

su propia voluntad en el HGP en la fecha programada. En el parto no se usaron instrumentos para la extracción del feto.

3. La infracción de la *lex artis* que alega para fundamentar la reclamación consiste en que los facultativos, sabedores de que el feto era macrosómico, le debieron haber practicado una cesárea, con lo cual se habría evitado la distocia y consecuente parálisis braquial. Pero no aporta ni propone ninguna prueba médica que demuestre la veracidad de esta afirmación de hecho de carácter médico.

Según el art. 139.1 LRJAP-PAC, el primer requisito para el nacimiento de la obligación de indemnizar por los daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos es, obvia y lógicamente, que el daño alegado sea consecuencia de dicho funcionamiento. La carga de probar este nexo causal incumbe al reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP, precepto éste que reitera la regla general que establecen los apartados 2 y 3 del art. 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), conforme a la cual incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Por esta razón el citado art. 6.1 RPAPRP exige que en su escrito de reclamación el interesado especifique la relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento del servicio público; y proponga prueba al respecto concretando los medios probatorios dirigidos a demostrar la producción del hecho lesivo, la realidad del daño, el nexo causal entre uno y otro y su evaluación económica. Sobre la Administración recae el *onus probandi* de la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, (arts. 78.1 y 80.2 LRJAP-PAC) y del principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) que permite trasladar el *onus probandi* a quien dispone de la prueba o tiene más facilidad para asumirlo, pero que no tiene el efecto de imputar a la Administración toda lesión no evitada, ni supone resolver en contra de aquella toda la incertidumbre sobre el origen de la lesión (STS de 20 de noviembre de 2012).

Los reclamantes, como se señaló, no aportan ni proponen prueba dirigida a demostrar médicamente que era obligado practicar la cesárea y descartar la vía natural de parto y que la errónea opción por ésta es la que ha causado la lesión del plexo braquial de su hijo. Tampoco los reclamantes, que actúan representados por un abogado, razonan, con base en los datos que constan en la documentación clínica e informes médicos obrantes en el expediente, que los facultativos actuaron

negligentemente al no optar por la cesárea en vez de inducir el parto y que esa decisión condujo a la distocia y consecuente lesión del plexo braquial. Esta carencia de prueba de la infracción de la *lex artis* que se aduce determina la imposibilidad de la estimación de la pretensión resarcitoria; porque, como se señaló más atrás, la existencia de relación causal es indispensable para que surja la obligación de indemnizar, según el art. 139.1 LRJAP-PAC; y la carga de su prueba incumbe a la reclamante, según el art. 6.1 RPAPRP en relación este último con el art. 217. 2 y 3 LEC.

4. Por otro lado, según la documentación obrante en el expediente administrativo remitido a este Consejo, está demostrado que:

a) Los controles ecográficos durante el embarazo indicaban que el tamaño y peso del feto eran normales en relación con la edad gestacional. Sólo la ecografía realizada al final del embarazo, tres días antes del parto, dio la impresión, que no certeza, de macrosomía fetal.

b) La prueba de O'Sullivan acredita que la madre no padecía de diabetes gestacional.

c) El parto anterior había sido normal y el recién nacido no presentó macrosomía.

d) El neonato pesó 4,450 Kg.

5. En relación con estos hechos objetivos el informe del SIP señala que las causas de distocia de hombros son macrosomía fetal, diabetes, parto vaginal instrumental, distocia de hombros en otros hijos. La causa principal de la distocia de hombros es la macrosomía fetal, pero la mayoría ocurre en fetos de madres no diabéticas. Este riesgo se incrementa con fetos macrosómicos de madres diabéticas, por la grasa acumulada en las escápulas de estos fetos, ya que la gestante diabética genera un feto, que además de crecer en peso, tiende a la acumulación de grasa en la región escapular.

Los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) ante los supuestos de fetos con una macrosomía de 4,5 Kg. recomienda la vía vaginal y únicamente si la madre es diabética aconseja la práctica de la cesárea, la cual se ha de realizar en caso de impresión diagnóstica de un feto con 5 Kg. o más. La Asociación de Cirugía Obstétrica y Ginecológica de Estados Unidos recomienda la realización de una cesárea electiva en aquellas gestantes a cuyos fetos se les estime

un peso de más de 5 Kg. La cesárea por sospecha de macrosomía fetal, con peso de más de 4,5 Kgs., sin diabetes materna gestacional, no está recomendada.

Los únicos medios para lograr un parto son la vía vaginal y la cirugía abdominal mediante cesárea. El medio natural para el parto y de primera elección siempre será la vía vaginal, siendo la cesárea una vía alternativa y de segunda elección. La elección en estos supuestos por el parto por vía vaginal en vez de por la cesárea electiva se debe a que el riesgo de complicaciones de la primera es menor que el riesgo de la cirugía abdominal (la cesárea), porque está constatado que el riesgo es de una muerte materna en cirugía abdominal de cesárea, por cada 3,2 parálisis de plexos braquiales en fetos, en parto vaginal.

6. El informe del Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología expresa que la distocia de hombros es un hecho inusual difícil de predecir. En la mayoría de los casos no se relacionó con ningún factor de riesgo (diabetes, macrosomía o antecedentes obstétricos de distocia). La tasa de distocia de hombros es de uno por cada mil partos. Más de la mitad de los casos de distocias de hombros ocurren en niños no macrosómicos en quienes no es posible diagnosticar factores de riesgo incluso retrospectivamente. En una paciente con pelvis normal según los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología puede autorizarse el parto natural de un niño de más de 4.500 gramos y sólo se discute seriamente la posibilidad de indicar una cesárea en los casos de peso estimado mayor a 5.000 gr.

En cuanto a la lesión del plexo braquial el 4 % se producen en recién nacidos tras cesárea por lo que no es una técnica que anule el riesgo de dicha lesión. Por otro lado la morbimortalidad quirúrgica por la intervención de la cesárea es muy superior para la gestante respecto al parto vaginal (hemorragias, tromboembolismos, infección herida quirúrgicas) especialmente sin concomitan otros factores de riesgo como es en este caso al tratarse de una paciente con obesidad.

7. En resumen, en el parto de la reclamante no concurrieron las circunstancias que, conforme a la *lex artis*, exigían descartar la opción por el parto vía vaginal e imponían la práctica de la cirugía abdominal de cesárea electiva; por consiguiente, los facultativos del SCS no incurrieron en la negligencia profesional que los reclamantes les imputan.

La anterior conclusión es corroborada por las Sentencias que desestiman reclamaciones con *causa petendi* igual a la de la presente y de las cuales únicamente citaremos tres en los siguientes apartados.

8. La Sentencia, de 14 octubre de 2010, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 2010\7266) resolvió un recurso de casación contra la Sentencia de 24 de marzo de 2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que desestimó una pretensión de responsabilidad patrimonial similar a la presente. La Sentencia del Tribunal Supremo recoge el Auto de archivo definitivo de 30 de octubre de 2000 de unas diligencias penales previas al procedimiento contencioso-administrativo, que expresa:

«De lo actuado en las presentes diligencias no se desprende ningún indicio relevante de la existencia de imprudencia profesional en la atención médica dispensada a la denunciante en el parto de su hijo. El informe preconstituido aportado por la propia denunciante es el único que emite consideraciones acerca de la indicación médica de la cesárea que fue descartada por el Dr. S., que fue el facultativo que la asistió. De parecer contrario a tal indicación son los informes emitidos en la causa por la Médico Forense y por la Real Academia de Medicina de Valencia. El juicio acerca de la corrección profesional o médica de una conducta no puede establecerse mediante el simple mecanismo de una inferencia establecida retrospectivamente acerca de si la opción alternativa no escogida habría evitado el resultado lesivo concreto conocido. De ser así es evidente que siempre estaría indicada la intervención de cesárea en evitación de los riesgos obstétricos que representa todo parto. Pero lo que hay que valorar es la corrección de la decisión médica ante el riesgo concreto que representan las circunstancias propias de cada paciente y de su estado clínico. En el presente caso, y conforme a las motivaciones recogidas en el informe de la Médico-Forense y en el informe académico, debe valorarse, en primer lugar, que la alternativa de la cesárea no es una opción carente de riesgos, sino que representan una intervención quirúrgica agresiva, por lo que su indicación ha de ser cuidadosamente valorada como alternativa al proceso natural del parto, opción esta última cuya elección se ajusta a los últimos estudios y protocolos médicos. En cuanto a la diabetes, debe en primer lugar precisarse que el supuesto contemplado es el de una diabetes gestacional, y como tal episódica o transitoria, controlada satisfactoriamente, y que los referidos protocolos médicos indican que en tales casos la finalización de la gestación, en el momento y tipo de parto, deberán ser independientes de la diabetes, recomendando un inicio espontáneo en la diabetes gestacionales. Quizá el aspecto más comprometido fuera el del peso estimado del feto, 4.300 Kg en la última prueba ecográfica. Pero dicho dato no suponía una contraindicación absoluta del parto, sobre todo en mujer no primípara. La cabeza del niño, el compromiso más previsible en el proceso de expulsión, se superó mediante el empleo de ventosa. La distocia de hombro es un riesgo obstétrico de difícil previsión diagnóstica, y que no guarda, según estudios de campo, una relación directa con el tamaño del feto. La decisión médica tendente a descartar la cesárea y esperar el parto no puede considerarse actuación médica negligente ni contraria a la *Lex Artis*».

A continuación el Tribunal Supremo concluye:

«En definitiva, de las actuaciones penales se desprende que la distocia de hombros fue imprevisible, puesto que la recurrente había tenido dos partos anteriormente sin dificultad mecánica y la evolución del período activo del parto de forma preventiva se desarrolló con normalidad, por lo que no existía indicación para la práctica de una cesárea, ya que la cabeza del feto llegó a atravesar la pelvis de la madre y ello sin perjuicio de tener en cuenta que como informa aquella corporación, la operación cesárea no es intervención exenta de riesgos y en el caso particular enjuiciado existía la posibilidad de desgarro del segmento uterino por el tamaño de los hombros, cuyo accidente hubiese podido producir una grave hemorragia».

9. La Sentencia 1889/2006 de 26 de octubre de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR 2007\69696) también ante una reclamación similar a la presente razonó así:

«M. no era la primera vez que daba a luz, ya lo había hecho en otra ocasión; en el caso que nos ocupa, había tenido un embarazo que se puede denominar normal ya que si bien tuvo una amenaza de aborto, con el debido reposo, se resolvió el problema; ingresa en el hospital al término del embarazo (39,5 semana); la interesada no se alega hecho ni razón alguna para pensar que se trataba de un parto de riesgo. Todo ello hace que se deba rechazar la conveniencia de practicar la cesárea pues, como dice el perito de la codemandada a preguntas de la actora, si en el parto que nos ocupa era precisa la cesárea, tal técnica habría de convertirse en la ordinaria en todo tipo de partos. Así pues, se ha de afirmar que el equipo que atendía a M. estaba acertado cuando decidió que el parto discurriera por sus cauces naturales, máxime cuando la dilatación era buena y su duración incluso breve.

Durante el parto surgen dos complicaciones. La primera (vuelta del cordón umbilical en el cuello del niño) careció de trascendencia. Respecto de la segunda complicación no solo discrepan las partes y sino que, además, la prueba a la que ha tenido acceso la Sala es contradictoria.

Según los diccionarios médicos, la distocia de hombros es la retención de los hombros después de la salida de la cabeza fetal. Generalmente la expulsión de los hombros en un parto eutócico es espontánea; en estos casos la cabeza fetal es expulsada en tal flexión que generalmente el diámetro suboccípito bregmático mide 9.5 centímetros al salir el polo cefálico de la vulva, se efectúan los movimientos de restitución y rotación externa de acuerdo a la variedad de posición; cuando la presentación llega al piso perineal los hombros están en un diámetro oblicuo de la pelvis materna y descienden al canal del parto cuando la cabeza del feto sale al exterior. Al franquear la vulva el polo cefálico, los hombros casi chocan con el piso perineal, gira entonces el hombro anterior un octavo de círculo para quedar bajo la sínfisis del pubis; en este sitio el hombro anterior se apoya para que ascienda más el hombro posterior y salga del perineo flexionado lateralmente; después sale el hombro anterior, seguido de la expulsión no uniforme pero fácil del resto del cuerpo fetal. Si el

hombro anterior no sale al exterior sino que se encaja, se produce la distocia para reducir la cual existen varias técnicas a las que ya nos hemos referido en el fundamento segundo de la presente.

Esta complicación tiene las siguientes características:

- Es grave, como admiten todos los técnicos que han emitido su opinión en el presente caso.

- Es imprevisible. Tanto el Perito de la codemandada como el informe del Inspector así lo afirman expresamente. El Perito de la actora no se refiere a esta cuestión lo que lleva a la Sala a aceptar la tesis de los peritos anteriores pues si el problema fuera previsible, el dictamen del Perito de la actora con seguridad que hubiera tratado el asunto dado que sería un elemento a tener muy en cuenta a la hora de valorar la actuación de aquellos profesionales.

- Surge más frecuentemente en fetos de cuatro kilos o más (el niño A. nació con poco más de tres)

- No existe regla que concrete la presión que se ha de realizar al aplicar las técnicas de corrección del problema.

Todo lo anterior lleva a la Sala a entender que la Administración ha probado que los profesionales que atendieron a la actora en el parto llevaron a cabo su actuación según las normas médicas exigibles por lo que el daño no resulta antijurídico».

10. La Sentencia 215/2015 de 29 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en Santa Cruz de Tenerife del Tribunal Superior de Justicia de Canarias también desestima una pretensión idéntica a la presente con base en lo siguiente:

«- La vía del parto adelantado en un mes fue la vaginal porque en ningún momento se diagnosticó macrosomía fetal (el peso al nacer fue 4.283 gramos) por lo que no está recomendada la cesárea electiva que es una intervención quirúrgica que genera un mayor riesgo de complicaciones que un parto con más razón en caso de obesidad y diabetes.

- La distocia de hombros no siempre se puede predecir ni prevenir y obliga a una actuación urgente para sacar al feto a la mayor brevedad posible. Puede darse en fetos macrosómicos o no. El feto macrosómico genera riesgo de distocia de ahí que se practique cesárea según protocolo.

- La lesión de plexo braquial puede ocurrir también en las cesáreas; en el parto vaginal esta lesión se puede producir sin distocia de hombros y, si la hay, no necesariamente la lesión es causada por las maniobras necesarias para extraer el feto.

- La diabetes y la obesidad de la madre fue la causa de la mayor parte de los problemas del recién nacido que también nació con enfermedades respiratorias y cardíacas que

requirieron una prolongada hospitalización. Esta problemática del embarazo no es significativa a efectos del parto por vía vaginal o por cesárea.

4. Qué se entienda por feto macrosómico (que es distinto que grande) puede ser siempre discutido en la ciencia médica pero hay una definición unívoca en los protocolos médicos según ha quedado expuesto. El cálculo basado en una ecografía es aproximado por referencia a las dimensiones físicas del feto por lo que está admitido un gran margen de error.

La tesis del perito es que el caso concreto presentaba dudas sobre el canal del parto y la paciente debió ser informada de los riesgos de ambas alternativas para decidirlo. La cesárea era la opción correcta según el perito y no el parto por vía vaginal. Esta errónea decisión del médico es lo que constituye el incumplimiento de la "*lex artis*".

Sin embargo "no cabe admitir, como pretende la actora que la elección de la vía vaginal, adelantando e induciendo el parto, sin esperar que llegase a término para realizarlo mediante cesárea, fuese una desacertada decisión médica, sino que, por el contrario, se ajusta, milimétricamente, a los protocolos de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología (SEGO), aparte de que la recién nacida con un peso de 3.970 grs., no fue técnicamente macrosómica, ya que la SEGO ha calificado de fetos macrosómicos aquellos cuyo peso al nacer es de 4.500 gramos o superior" como ha declarado la STS de 27 de julio de 2010 (RJ 2010, 6545) (recurso de casación 5836/08).

5. El Servicio de Salud hace una prestación de medios y no de resultado. Por ello el juicio a la actuación médica conforme a la "*lex artis*" ha de hacerse con los datos existentes antes de conocerse el resultado (en este sentido la STS Sala primera de fecha 29 de enero de 2010 recurso de casación 2318/05). De haberse practicado una cesárea lo normal es que se habría evitado la distocia de hombros pero podría haberse producido otro resultado lesivo así que igualmente se podría haber reprochado una mala praxis en función de lo previsto en el protocolo sobre qué es feto macrosómico. A la inversa, si no se hubiera producido la distocia, no tendría mucho sentido mantener la cesárea como una mejor opción. Es el ginecólogo el personal cualificado para ponderar la conveniencia o no de una cesárea en cada caso concreto. Pero el resultado a posteriori no puede predeterminar la decisión que debió haberse tomado. La opinión del perito de la parte no puede -por sí sola- demostrar con el suficiente grado de convicción el error del criterio de los especialistas del servicio de ginecología y obstetricia; que también sea técnicamente sostenible su propuesta para este caso concreto, no implica que la alternativa sea errónea.

Lo que sostiene el Servicio de Salud es que no se da este dilema que siempre es previo al resultado de la decisión elegida. La obligación médica es optar por la mejor técnica posible para la paciente y no puede ofrecerle una alternativa si la considera más lesiva. Con los datos existentes en el momento de tomar la decisión médica, la solución correcta conforme a la "*lex artis*" era el parto vaginal adelantado en un mes y en consecuencia los demandantes sí tienen el deber de soportar el daño. Como también ha concluido la sentencia apelada, la

parte actora no ha demostrado -en el actual estado de los conocimientos de la ciencia médica- que era debido practicar la cesárea pues el estado de la gestante o del feto no hacían previsible la distocia de hombros».

III

1. Los reclamantes también basan su pretensión en que ante «la sospecha de macrosomía fetal, debió haberse informado a la paciente de los riesgos de sufrir una posible distocia de hombro y una posible parálisis braquial y la posibilidad de practicar una cesárea así como los riesgos de ésta, dándole la posibilidad a la paciente de optar por una vía u otra para el nacimiento de su hijo. Al no haberse dado dicha información a la paciente se infringió en este punto la *lex artis ad hoc*, dando lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración».

Respecto a los posibles daños iatrogénicos de un tratamiento médico o derivados de la plasmación de sus riesgos conocidos, los arts. 4, 8 y 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP) exigen que se informe al paciente con carácter previo a toda intervención médica a fin de obtener su consentimiento a ella, consentimiento previo que el paciente ha de prestar por escrito en los supuestos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Si los facultativos no proceden así, ello constituiría una infracción de la *lex artis*; por lo que, si se produce un daño iatrogénico, estarían obligados a responder patrimonialmente por sus consecuencias.

Pero aquí no se está ante un tratamiento quirúrgico sino ante la asistencia obstétrica a un proceso natural como es el parto. Que la inducción del parto sea un procedimiento que supone riesgos de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente y distintos de los que acompañan naturalmente a todo alumbramiento es un extremo de hecho que no ha sido alegado ni por ende probado. Sin la prueba de este extremo no se puede afirmar que era necesario el consentimiento informado previo de la gestante. Por lo demás, la decisión, tomada el 12 de agosto de inducir el parto para el 15 de agosto, fue aceptada por la reclamante que ingresó por su propia voluntad en el HGP en la fecha programada.

Además, está acreditado por los estudios ecográficos que no había macrosomía fetal y sólo, al final de un embarazo de madre no diabética, se tuvo la impresión,

que no certeza, de que el feto había crecido como para sospechar esa macrosomía fetal, por lo que, como también está demostrado, la actuación médica correcta era inducir el parto por la vía natural. Por tanto, no cabría decidir por parte de la reclamante qué opción habría que haber adoptado para el nacimiento de su hijo, puesto que esa decisión no es una cuestión de preferencia, sino basada en criterios médicos, y sólo el ginecólogo está facultado para esa decisión. Siendo correcta esa decisión del facultativo, porque el feto no pesaba más de 5 Kg. y la madre no era diabética, no existía obligación de informar sobre la necesidad de practicar una cesárea electiva y sus riesgos iatrogénicos ni, por ende, de obtener el consentimiento de la gestante a esa intervención que, obviamente, no se realizó.

2. Los reclamantes alegan también que la lesión del plexo braquial debió haber sido tratada quirúrgicamente antes de que cumpliera cinco meses. Pero no aportan ni proponen prueba dirigida a demostrar médicamente esa afirmación de hecho ni alegan ni demuestran que ese supuesto retraso haya causado daños al menor o agravado su estado. Esta circunstancia es suficiente para que se desestime esta alegación.

No obstante, la Propuesta de Resolución señala que el informe del Servicio de Rehabilitación, emitido con fecha 18 de octubre de 2012, expone que el neonato sufre una parálisis que concuerda con parálisis superior de Erb y/o parálisis intermedia en miembro superior derecho, cuyo pronóstico es mejor que en otro tipo de parálisis. No se trata de una avulsión o rotura del nervio, sino de una interrupción del tejido conjuntivo del axón del nervio, del que se espera vuelva a crecer hacia el músculo. El Servicio de cirugía Ortopédica Infantil valora la necesidad de intervención quirúrgica en (...) Madrid.

Según este informe, dada la alta tasa de recuperación con tratamiento conservador, así como la fisiopatología de la reinervación nerviosa, se debe esperar y observar hasta los 4 meses de edad con este tratamiento conservador, con asistencia de tratamiento fisioterápico continuo.

En los casos que se requiere, cuando hay escasa evolución y recuperación se debe plantear la cirugía. En qué casos y la edad indicada depende de la gravedad de la lesión. En caso de sospecha de ruptura de la raíz del nervio plexo braquial se recomienda la exploración quirúrgica entre los 3-6 meses de edad (en el caso del hijo de los reclamantes no había ruptura). En el supuesto de que el bebé muestre contracción del músculo bíceps y otros a la edad de 2-3 meses, es recomendable

continuar con la terapia conservadora hasta los 6 meses, valorando el cirujano si es necesaria la intervención.

En la actualidad no hay un consenso único para decidir qué niño, a qué edad y qué técnica es la mejor. Muchos cirujanos han establecido el momento de 3 meses para cirugía, otros prefieren esperar a los 6 meses, y en ocasiones, es necesario intervenir a los niños de forma más tardía. Las posibles complicaciones postquirúrgicas son graves, y unido a que la tasa de recuperación espontánea es alta, la indicación quirúrgica y técnica, así como el momento más oportuno para llevar a cabo la intervención depende del cirujano.

El 13 de diciembre de 2011, cuando el niño contaba con sólo cuatro meses de edad, la facultativo especialista en Rehabilitación del HGP recomendó que fuera sea valorado en un centro especializado de referencia del Sistema nacional de Salud, indicando que el momento ideal de recibir tratamiento quirúrgico sería cuando alcanzara los 8 meses de edad. Tras ese informe de la doctora el SCS gestionó esta valoración con el centro especializado de referencia, el Hospital (...) de Madrid, a cuyos facultativos corresponde decidir la necesidad de tratamiento quirúrgico y el momento para ello.

La evolución del niño hasta la intervención quirúrgica era favorable, constatando a los 10 meses de edad una mejoría considerable siendo el estudio EMG con potenciales de Unidad Motora en los límites normales. Aunque lenta debido a la extensión y tipo de lesión, la evolución era favorable con tratamiento conservador fisioterápico, tanto a nivel clínico como electroneurofisiológico.

La interesada alega en su reclamación que con fecha 9 de marzo de 2012 aún no había sido valorado por el mencionado Hospital madrileño. En el informe del Servicio de Rehabilitación consta que con fecha 13 de abril de 2012 el paciente no puede ser valorado por ese servicio puesto que no fue traído a la revisión programada de los 7 meses de edad. Consta en historia clínica que «el niño falta mucho a las sesiones, si bien la madre dice que está enfermo, sin embargo tampoco trae justificante de Pediatra».

El 14 de junio de 2012 fue citado en (...) para la práctica de las pruebas preoperatorios.

En informe clínico de Consultas externas del Servicio de Pediatría del HGLP, de fecha 9 de mayo de 2016 se indica que el paciente fue intervenido en fecha 3 de

octubre de 2012, a los 14 meses, realizando tratamiento rehabilitador a continuación, no precisando del mismo en la actualidad. En informe clínico de consulta externa de Pediatría de 9 de mayo de 2016, consta que en la actualidad el menor está pendiente de una segunda intervención quirúrgica en los próximos años. Ha continuado revisiones en Madrid, excepto el año pasado, no pudiendo acudir por motivos económicos y personales.

Desde el año 2012, cuando comenzó seguimiento en (...), no había vuelto a acudir a consulta de Pediatría del HGP, volviendo el día 4 de febrero de 2016 con motivo de solicitar nuevo seguimiento en el mencionado hospital de referencia.

En definitiva, no está acreditado el retraso en el tratamiento quirúrgico del niño, ni los daños que haya causado ese supuesto retraso y se le ha dispensado dicho tratamiento, por lo que también se debe desestimar la pretensión con base en esa alegación.

IV

1. Como se recoge en reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y como obligadamente se repite en los Dictámenes de este Consejo Consultivo sobre reclamaciones de la responsabilidad extracontractual por el funcionamiento del servicio público de la sanidad se ha de considerar, por un lado, que este servicio se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados.

Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio no se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo.

Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la Salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. Si el daño se producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

Las razones que se acaban de exponer, y que se resumen en que no poseen la cualidad de daños antijurídicos aquellos causados por la propia naturaleza e inevitables por la ciencia médica y que por ende no son indemnizables conforme a los arts. 139.1 y 141.1 LRJAP-PAC, son están acogidas por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad extracontractual de los servicios públicos de salud, jurisprudencia cuya síntesis se contiene en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 abril 2011 (RJ 2011\3643) donde se dice:

«(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración.

En este sentido, y por citar sólo algunas, hemos dicho en la sentencia de 26 de junio de 2008, dictada en el recurso de casación núm. 4429/2004, que "(...) es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas citaremos las Sentencias de 20 de marzo de 2.007 (Rec. 7915/2003), 7 de marzo de 2007 (Rec. 5286/03) y de 16 de marzo de 2.005 (Rec. 3149/2001) que "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente

beneficioso para el paciente", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso".

En la de 7 de julio del mismo año, dictada en el recurso de casación núm. 4776/2004, dijimos que "La responsabilidad de las administraciones públicas, de talante objetivo porque se focaliza en el resultado antijurídico (el perjudicado no está obligado a soportar el daño) en lugar de en la índole de la actuación administrativa [por todas, véanse las sentencias de esta Sala de 11 de mayo de 1999 (casación 9655/95, FJ5º), 24 de septiembre de 2001 (casación 4596/97, FJ5º), 23 de noviembre de 2006 (casación 3374/02, FJ5º), 31 de enero de 2008 (casación 4065/03, FJ2 º) y 22 de abril de 2008 (casación 166/05, FJ3º)], se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso [sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 2005 (casación 3149/01, FJ3º), 20 de marzo de 2007 (casación 7915/03, FJ3 º) y 26 de junio de 2008 (casación 4429/04, FJ. 3º)]. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 29 de abril) con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992); nada más y nada menos".

O en la de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008, que "Aunque la cuestión principal que analiza la Sala de instancia en su sentencia, sustentando o dando lugar a su pronunciamiento, nada o poco tiene que ver con la necesidad de precisar la naturaleza jurídica, objetiva o no, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, aquel epígrafe y aquel inicio nos obligan a recordar que nuestra jurisprudencia matiza, modula, sobre todo en el ámbito de la denominada medicina curativa o asistencial, afirmaciones como las que ahí se contienen, introduciendo para ello como primer elemento corrector el de la "*lex artis*". Así, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria".

O recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que "No serán indemnizables los

daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”».

Otra posterior Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la de 9 octubre 2012 (RJ 2012\10198) insiste en lo mismo con las siguientes palabras:

«Con relación esta alegación del motivo debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concorra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*».

En su Sentencia de 11 abril 2014 (RJ 2014\2612) la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo torna a declarar:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria

nace, en su caso, cuando se la producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria.

Dicho de otro modo, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que "este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria" (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)».

2. En el presente supuesto está demostrado que los facultativos del SCS que atendieron a la reclamante durante su embarazo y parto no incurrieron en negligencia profesional; por consiguiente, la lesión por la que se reclama no ha sido causada por la asistencia sanitaria dispensada por el SCS. Esta ausencia de nexo causal determina la desestimación de la pretensión resarcitoria.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, desestimatoria de la pretensión resarcitoria de la reclamación de indemnización formulada por I.M.C. e I.M.C. en su propio nombre y en representación legal de su hijo menor de edad B.I.M.M., resulta conforme a Derecho.